

ACCION CONTRACTUAL - Generalidades / ACCION CONTRACTUAL - Titularidad / ACCION CONTRACTUAL - Legitimación en la cusa / ETAPA PRECONTRACTUAL - Acción contractual / ETAPA POSTCONTRACTUAL - Acción contractual

Mediante el análisis de la anterior disposición (ART 87 C.C.A), la Sala advierte que la acción de controversias contractuales resultaba procedente para demandar la responsabilidad del Estado fundada en la existencia de daños causados en su condición de sujeto activo de la contratación estatal. Comporta entonces variadas pretensiones, algunas de las cuales no suponen la condición de parte del contrato, como sucede con la demanda que tiene por objeto la nulidad de los actos proferidos durante la etapa precontractual, la declaratoria de existencia del contrato y las que se ejerciten para “que se hagan otras declaraciones y condenas”. Si bien es cierto que en el primer inciso de la norma se afirma que “cualquiera de las partes del contrato podrá pedir que se declare su existencia”, de los otros incisos de la norma se deduce que hay eventos pre y post contractuales, lo que permite afirmar que están legitimados para ejercitarla, todos los sujetos que aún no son parte de un contrato estatal o que ya dejaron de serlo. Afirmar que la acción de controversias contractuales no procede frente a eventos en los que se discute la existencia del contrato o el derecho que le cabe a un particular por la ejecución de prestaciones que él cree contractuales, conduciría a desconocer el verdadero sentido de la norma en comento. Nota de Relatoría: Ver Sentencia el 4 de marzo de 1991. Exp. 5825

ACCION CONTRACTUAL - Principio del no enriquecimiento sin causa / PRINCIPIO DEL NO ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Acción in rem verso / ACCION IN REM VERSO - Subsidiaria

En el caso concreto la Sala considera que la acción ejercitada es la de controversias contractuales, porque el demandante expresamente la invocó y la sustentó en su demanda con el objeto de que se declare la existencia del contrato y el incumplimiento del mismo por la entidad pública. Y aunque en el acápite de las normas violadas, el demandante hubiese invocado la aplicación del principio del no enriquecimiento sin causa, con fundamento en que la entidad se benefició gratuitamente con un evidente perjuicio del actor, ello no conduce a entender que la acción ejercitada es la in rem verso, toda vez que esta es una acción subsidiaria que se aplica en aquellos eventos en los que, a diferencia de lo que acontece en este caso, las otras acciones no son procedentes.

CONTRATO ESTATAL - Existencia / CONTRATRO ESTATAL - Perfeccionamiento / CONTRATO ESTATAL - Ejecución / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Diferente a ejecución / REGISTRO PRESUPUESTAL - Evolución jurisprudencial. Perfeccionamiento. Ejecución del contrato

A diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el

objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.” De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato). El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal. Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. En reciente providencia, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “perfeccionamiento”, porque es un requisito necesario para su ejecución. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 6 de abril de 2000, expediente 12775 y en sentencia proferida el 3 de febrero de 2000 expediente 10399; auto del 27 de enero de 2000, Expediente 14935; Sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006; expediente 15.307; actor: Sergio David Martínez.

FF: DECRETO LEY 222 DE 1983; LEY 80 DE 1993 ARTICULO 41; LEY 179 DE 1994 ARTICULO 49, COMPILADO EN EL ARTICULO 71 DEL ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO; DECRETO LEY 111 DE 1996

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Certificado de registro presupuestal / CERTIFICADO DE REGISTRO PRESUPUESTAL- Requisito de ejecución del contrato / EJECUCION DEL CONTRATO - Requisitos

La ley 80 de 1993 sólo exige para el perfeccionamiento del contrato el acuerdo escrito entre las partes sobre su objeto y las prestaciones correspondientes. Se tiene entonces que el incumplimiento del requisito relativo al certificado de registro presupuestal, del que dan cuenta el propio municipio demandado, el Director General y el Subdirector Técnico del FIS, produjo la inejecución de un contrato existente. Cabe igualmente advertir que el contratista, a su vez, incumplió otro de los requisitos de ejecución del contrato, pues en el expediente no obra constancia de que hubiese constituido las garantías de cumplimiento, que las hubiese aportado y menos aún que las mismas hubiesen sido aprobadas por la entidad. Y como las dos partes del contrato, particular y municipio, omitieron las acciones que estaban a su cargo para que el contrato fuese ejecutable, cabe deducir que la parálisis del mismo es imputable a los dos y son las dos partes del contrato las que incurrieron en el incumplimiento.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Teoría / PRINCIPIO DE NO ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Elementos / ENRIQUECIMIENTO - Noción

El no enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho cuya aplicación en nuestro ordenamiento se ha realizado por vía jurisprudencial, a partir de la interpretación del artículo 8 de la Ley 153 de 1887. Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del “enriquecimiento sin causa” parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado del patrimonio de un sujeto al de otro, sin que exista una causa eficiente y jurídica que lo sustente. Aunque el artículo 831 del Código de Comercio lo regula al señalar que “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro” y de lo previsto en el numeral 1, del artículo 95 de la Constitución, se ha aplicado en consideración a que se trata de un principio, mas que de una disposición legal que rige las relaciones entre las personas, en el entendido de que su vigencia no está condicionada a una consagración normativa puesto que ello restringiría su aplicación. Es así como la construcción de dicha teoría, se ha producido mediante la definición de sus elementos, realizada especialmente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias. (...) El referido concepto de enriquecimiento, debe entenderse no sólo cuando ingresen bienes al patrimonio de un sujeto, sino también cuando se evita una erogación. Y especialmente porque el enriquecimiento no se deduce a partir de un mero análisis material, es necesaria su prueba jurídica. En efecto, conforme lo ha señalado la doctrina, “la prestación ineficaz o infructífera no sirve de causa para pedir”, como sucede por ejemplo cuando se construye en terreno ajeno, pues el hecho material no produce per se el enriquecimiento del propietario del inmueble, es necesario un juicio de valor respecto de su situación particular, porque dicha circunstancia bien puede representarle una pérdida, cuando su perspectiva económica exigiera un terreno libre de edificaciones. En cuanto al elemento alusivo a la ausencia de causa jurídica, cabe precisar que supone “que no haya otra fuente de la obligación como un contrato o un hecho ilícito y que no exista otra acción por la que se pueda restablecer el equilibrio perdido...”. Resulta igualmente necesario advertir que no se aplica la teoría cuando el empobrecimiento tiene por causa el hecho exclusivo del sujeto que lo padece, pues en estos casos debe soportar las consecuencias de sus acciones u omisiones, como lo impone la máxima según la cual a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio. La Sala resalta finalmente, que la teoría del enriquecimiento no puede utilizarse para regular situaciones derivadas de la violación del ordenamiento jurídico o para solucionar eventos determinados por la ineficiente gestión administrativa. De allí que su aplicación no conduzca a la indemnización del daño, sino a la correspondiente compensación, que se define en consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado. Nota de Relatoría: Ver auto del 18 de julio de 2002, expediente 22178; sentencias 25561 del 15 de abril de 2004 y 12849 del 31 de agosto de 1999; de 8 de mayo de 1995, expediente 8118; sentencias de 6 de septiembre de 1935; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; del 28 de agosto de 2001. Expediente: 6673. M.P. Jorge Santos Ballesteros, de la Corte Suprema de Justicia

FF: LEY 153 DE 1887 ARTICULO 8; CODIGO DE COMERCIO ARTICULO 831
CONSTITUCION POLITICA NUMERAL 1 DEL ARTICULO 95

PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Tesis Positiva / PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Etapa precontractual / TRATOS PRELIMINARES - Principio del enriquecimiento sin causa / PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Etapa postcontractual / PRESTACIONES ADICIONALES AL CONTRATO - Principio del enriquecimiento sin causa / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Título de imputación / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Principio del enriquecimiento sin causa / PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Compensación. Indemnización plena

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha aplicado la figura especialmente frente a la situación que se presenta cuando un sujeto ejecuta una prestación a favor del Estado, cuando el contrato no se ha perfeccionado o ya ha terminado; como también para regular eventos en los cuales se ejecutan prestaciones que no están comprendidas en el contrato legalmente celebrado entre las partes. Así, invocó la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa justa, en consideración a que la administración gozó del servicio de mantenimiento de equipos de oficina, recibió una obra artística o una obra material en una urbanización no obstante lo cual no pagó el valor correspondiente. Frente a las situaciones de hecho que suelen ocurrir antes de suscribir los contratos y que son determinantes de daños al particular, el Consejo ha afirmado que se configura la responsabilidad del Estado y hay lugar “al reconocimiento de los daños y perjuicios en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, donde desde luego ocupa un lugar preponderante la confianza que en la parte se haya suscitado, dentro de la etapa previa al perfeccionamiento del negocio jurídico.”. Como sustento de su postura, ha dicho que durante la etapa de formación de un contrato existen obligaciones recíprocas, que de incumplirse determinan la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el iter comercial y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio. También, para solucionar controversias suscitadas por la ejecución de prestaciones adicionales al contrato, la Sala, en aplicación del citado principio. Cabe igualmente resaltar que, en gran número de casos, la Sección ha interpretado la demanda en aplicación del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el meramente formal, para considerar que lo pedido por el actor no es la declaratoria de existencia del contrato y la condena a la reparación de los daños derivados de su incumplimiento, sino la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto “ocasionado y suscitado por la conducta observada por la parte demandada, la que además se considera contraria al postulado de la buena fe”. Y respecto del derecho que le asiste al damnificado, el Consejo, en varias providencias, ha dispuesto la indemnización plena de los perjuicios materiales pedidos, daño emergente y lucro cesante, cuantificados sobre la base del valor de lo ejecutado y no pagado. De lo anterior se advierte claramente que la Sala ha manejado el enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, sin tener en cuenta que es una fuente autónoma de obligaciones. En otras ocasiones, ha invocado la aplicación de la teoría del enriquecimiento como fuente de la obligación de reparar, fundado en que se violó el principio de

confianza legítima, sin verificar la concurrencia de todos los elementos que la determinan y, en no pocas providencias, ha dispuesto la indemnización plena de perjuicios como efecto de la aplicación del enriquecimiento sin causa, olvidando que su aplicación sólo produce la compensación al empobrecido. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 6 de noviembre de 1991. Exp. 6306. M.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia del 28 de enero de 1994; Sección Tercera. Sentencia del 4 de julio de 1997. Exp. 10030; sobre ETAPA PRECONTRACTUAL Ver Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Expediente: 11.848; Sentencia de 29 de enero de 1998, expediente 11099, CP Daniel Suárez; Expediente 6822, actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A, .CP Dr. Julio César Uribe Acosta y sentencia proferida el 29 de enero de 1998; sobre ETAPA POSTCONTRACTUAL Ver Sentencias del 14 de febrero de 2002, expediente 13600; 11895 del 30 de noviembre de 2000; 11172 del 20 de enero de 1998; 8118 del 8 de mayo de 1995; 8830 del 22 de abril de 1996; 6788 del 24 de septiembre de 1992; 5618 del 22 de febrero de 1991; 2850 del 9 de marzo de 1984; Auto del 18 de julio de 2002, expediente 22178

PRINCIPIO DEL NO ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Tesis negativa / PRINCIPIO DE NO ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Subsidiariedad del la actio in rem verso / ACCION IN REM VERSO - Subsidiariedad. Principio del no enriquecimiento sin causa

En algunas ocasiones la Sala ha encontrado improcedente la teoría del enriquecimiento sin causa para regular la situación que se presenta por la ejecución de prestaciones sin contrato. Así, en sentencia proferida el 11 de octubre de 1991 afirmó que dicha teoría “no puede ser invocada, como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. Con esto se quiere significar que la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la ACTIO IN REM VERSO.” Mas recientemente, en providencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662, la Sala retomó la tesis de la improcedencia de la teoría del enriquecimiento sin causa, con fundamento en la naturaleza subsidiaria de la actio in rem verso. Al improbar una conciliación judicial que tenía por objeto el pago a un particular del valor correspondiente a prestaciones ejecutadas cuando el contrato estaba terminado, luego de haber sido prorrogado varias veces, la Sala consideró que la especialidad de las normas que rigen la formación y ejecución del contrato estatal impiden la aplicación del enriquecimiento sin causa para definir las obligaciones que le cabrían a la entidad pública, que dispone y acepta las prestaciones ejecutadas por un particular, cuando el contrato no se ha configurado o está terminado. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 11 de octubre de 1991; providencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662

ACCION IN REM VERSO - Subsidiaria / ACTIO IN REM VERSO - Subsidiaria / TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Prueba. Elementos / TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - incumplimiento de las obligaciones legales/ TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Ejecución de prestaciones sin contrato

La Sala encuentra indispensable resaltar el carácter subsidiario de la acción in rem verso y considera que, para solucionar los problemas que se suscitan cuando se ejecutan prestaciones sin que exista el contrato, o cuando, como en el presente caso el contrato no es ejecutable, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto. Advierte también que, conforme lo ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia nacional, la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa impone la concurrencia de todas las condiciones que la configuran, sin que resulte suficiente demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento. La aplicación generalizada de la teoría del enriquecimiento sin causa, para resolver situaciones como las señaladas, ha comportado la omisión de requisitos especialmente relevantes, cuales son que “el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica”; que “mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa” y que “el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia”. Así sucede frente a eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones legales que están a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, caso en el cual se debe acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de las reglas del principio de buena fe que orienta dichas relaciones, se declare dicha responsabilidad y se disponga la consecuente condena a la indemnización plena de todos los perjuicios. De igual manera ocurre, cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, pues en este evento se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación. También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Enriquecimiento sin causa / PRINCIPIO DE NO ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Elementos

Si bien es cierto que en el ámbito de la responsabilidad contractual se impone el análisis del objeto y de las prestaciones del contrato, a efecto de determinar si la obligación que el demandante alega como incumplida está contenida en él, en el presente caso, dicho ejercicio no resulta procedente para acceder a las pretensiones formuladas, toda vez que, como se indicó, las obligaciones derivadas del contrato estaban suspendidas, porque no se cumplieron los requisitos previstos en la ley, para que el contrato fuese ejecutable. No obstante, la Sala procede a verificar la alegada aplicación del principio del no enriquecimiento sin justa causa, en consideración a que, como se expresó al inicio de estas consideraciones, el apelante fundó su impugnación en que la obligación resarcitoria proviene de la aplicación subsidiaria del mismo. 1. El enriquecimiento de la entidad y el correlativo empobrecimiento del particular. 2. Que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica, esto es, que no provenga de otra fuente de las obligaciones: Se tiene así que el elemento que se analiza no se cumple, porque el desplazamiento patrimonial si tuvo una causa o fuente jurídica: el incumplimiento contractual de la víctima en concurrencia con el incumplimiento contractual del Estado, que conduce a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado y a disponer la indemnización de los perjuicios que proporcionalmente le resulten imputables. 3. Que el demandante carezca de otra acción procedente para reparar el empobrecimiento : La Sala considera que este requisito tampoco se cumple toda vez que, como se explicó precedentemente, la acción que procede para reparar los daños derivados de la inejecución de prestaciones contractuales es precisamente la de controversias contractuales. Como también lo es cuando el daño consiste en la privación del pago de las prestaciones desarrolladas cuando el contrato está suspendido por el incumplimiento de los requisitos que condicionan su ejecución. 4. Que no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley: Aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa en el caso concreto, para deducir el derecho del contratista a que se le repare el daño, conduciría a evadir el cumplimiento de normas imperativas, pues al considerar que el contratista tiene derecho a que se le pague el valor total del trabajo que presentó, se omitiría el cumplimiento del artículo 41 de la ley 80 de 1993, que condiciona la ejecución del contrato a la aprobación de las garantías y al registro presupuestal. La Sala considera que la situación analizada se enmarca en un típico evento de responsabilidad contractual por el incumplimiento de la entidad y del contratista, de la obligación legal de abstenerse de ejecutar obligaciones sin el lleno de los requisitos correspondientes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007)

Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669)

Actor: JAIME ARTURO DORADO MOREANO

Demandado: MUNICIPIO DE SAMANIEGO (NARIÑO)

Referencia: APELACION SENTENCIA CONTRATOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño de fecha 10 de diciembre de 1997, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

El 18 de octubre de 1995, mediante apoderado y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales, el señor JAIME ARTURO DORADO MOREANO presentó demanda con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que se declare la existencia del contrato de consultoría, suscrito entre el Municipio de Samaniego y el Ingeniero Jaime Arturo Dorado Moreano, el día 10 de junio de 1994.

SEGUNDA.- Que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante.

TERCERO.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al Municipio a pagar al Ingeniero Jaime Arturo Dorado Moreano quien cumplió el contrato, el valor pactado, equivalente a la suma de DIECISEIS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS (\$16´300.000).”

De igual forma, solicitó que la sentencia diera cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. (fol. 2 c.1)

2. Hechos de la demanda.

En su demanda, el señor Jaime Arturo Dorado Moreano alegó como hechos los siguientes:

1. Que el día 10 de junio de 1994, entre el Alcalde del Municipio de Samaniego y el Ingeniero Jaime Arturo Dorado se celebró un contrato cuyo objeto era el de *“ejercer la consultoría del diseño estructural arquitectónico del Coliseo de la ciudad de Samaniego ubicado en su zona deportiva del Municipio”*.

2. Que el demandante oportunamente entregó el proyecto de la construcción del coliseo cubierto; que fue remitido para su inscripción y revisión al Banco de Proyectos de la Inversión Nacional *“BPIN”* y Planeación Nacional.

3. Que el proyecto, con la constancia por parte del Jefe de la División de Operación y Sistemas del Departamento Nacional de Planeación, fue enviado al Fondo de Cofinanciación para la infraestructura Urbana *“FINDETER”*, por cuanto la viabilidad de este tipo de proyectos debía ser realizado por esa oficina.

4. Que el proyecto fue utilizado por la entidad estatal.

5. Que el Municipio de Samaniego sin razones válidas incumplió lo pactado en el contrato.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se invocaron como violados los artículos 2, 25 y 90, 124 de la Constitución Nacional; 5, 27, 41, 44, 48, 50 y 51 de la ley 80 de 1993 y los artículos 1502, 1602, 1603, 1618 del CC.

Adujo el actor que el contrato está perfeccionado porque hubo un acuerdo entre las partes sobre su objeto y las contraprestaciones, que consta por escrito; explicó que el mismo cumple con los requisitos legales porque no ha sido demandada su nulidad, ni existe causal alguna de las previstas en la ley que lo invalide; que el contrato se ejecutó cuando se entregó el proyecto objeto de la prestación que estuvo a cargo del contratista; que sólo en el evento de que el contrato se hubiese anulado por objeto o causa ilícita, el contratista perdería el derecho a que se le pagara las prestaciones ejecutadas. *“Pero, aún así, si se prueba que la entidad estatal se ha beneficiado, hay lugar al reconocimiento y pago de dichas prestaciones, de lo contrario, se configuraría un enriquecimiento sin causa.”*

Solicitó la aplicación del principio que impide el enriquecimiento sin justa causa. Al efecto explicó que el incumplimiento en que incurrió el municipio al recibir a satisfacción el proyecto y no pagarlo, generó un enriquecimiento sin causa, *“porque se benefició gratuitamente la entidad contratante con evidente perjuicio del actor.”* Invocó la aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 153 de 1887, que prevé al aplicación de la doctrina constitucional y de las reglas generales del derecho a los casos que no estén regulados por una ley exactamente aplicable. Señaló que los requisitos expuestos por la jurisprudencia nacional para que dicho principio resulte aplicable están cumplidos porque *“hay un enriquecimiento indebido para una parte - el municipio - un empobrecimiento injusto para otra parte, - demandante- y ese desequilibrio se ha producido sin causa jurídica.”*

Con apoyo en lo expuesto por la Sala en sentencia proferida el 16 de abril de 1993, expediente 7356, advirtió que la acción in rem verso no es una acción resarcitoria sino compensatoria, que la prendida obligación tiene por fuente el enriquecimiento sin causa, porque *“en su origen no existe ni el acuerdo de voluntades, ni el acto ilícito, ni el precepto legal, de allí que para su deducción no haya necesidad de indagar si existió una situación injusta o equivocada o ilegal; es suficiente constar un fenómeno claramente objetivo”*. Agregó que en el caso concreto lo realmente importante es considerar que el contratista cumplió con lo

pactado y que el Municipio, no obstante haber recibido a satisfacción lo realizado por aquél, se negó a pagar la contraprestación.

Finalmente sostuvo que le correspondía a la entidad pública reservar dentro de su presupuesto el dinero necesario para cumplir con el contrato que se iba a suscribir, omisión ésta que comprometía la responsabilidad del Estado en los términos previstos en el artículo 90 de la Constitución, puesto que el contratista ejecutó el contrato de buena fe, conforme lo impone el artículo 1603 del Código Civil.

4. Actuación procesal en primera instancia.

4.1. La demanda se admitió por auto de 27 de octubre de 1995, que fue notificado al Alcalde Municipal de Samaniego Nariño el 15 de diciembre del mismo año (fols. 59 y 67 c. 1).

4.2. El 21 de enero de 1996 se cumplió el término de fijación en lista. El día 23 de enero de 1996, el Municipio de Samaniego Nariño presentó escrito de contestación de la demanda, la cual, de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 80 del cuaderno principal, fue presentada extemporáneamente. (fols. 69, 82 y 83 c.1).

4.3 El 24 de enero de 1996 el municipio presentó escrito de llamamiento en garantía de los señores PEDRO DORADO GALINDO y LIBARDO ANCIZAR BASTIDAS SOLARTE, con fundamento en que se desempeñaron como Alcalde y Secretario de Hacienda, durante el mes de noviembre de 1994 (fol. 81 c. ppal).

4.4. El Tribunal, mediante el proveído de fecha 29 de enero de 1996 decretó pruebas pedidas por la parte actora. Afirmó que no se decretaban pruebas pedidas por la parte demandada porque presentó escrito de contestación de la demanda en forma extemporánea (fol. 83 c. ppal).

4.5 El 17 de septiembre de 1996 se realizó audiencia de conciliación, en la que no se logró acuerdo entre las partes. En esta oportunidad el municipio demandado afirmó que no existe prueba respecto de la existencia del contrato y de los documentos que lo legalizan. También adujo que no existe registro ni reserva presupuestal para el pago de de los estudios y diseños objeto de la litis. (fols. 96 y 97 c. ppal)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Tribunal Administrativo de Nariño resolvió negar las súplicas de la demanda, con fundamento en que el actor no probó los supuestos de hecho en que fundamentó sus pretensiones.

Consideró que no se había demostrado la existencia del contrato, toda vez que obran en el expediente constancias expedidas por el Archivista Municipal, el Director de Planeación y el Auxiliar de Hacienda con funciones de Jefe de Presupuesto del Municipio de Samaniego, en las que se informa que en los archivos del Municipio no existe documento alguno que acredite la celebración del contrato, como tampoco registro ni disponibilidad presupuestal del mismo y que para la vigencia fiscal de 1994 existió en el presupuesto municipal el rubro destinado a la compra de un lote para la construcción del coliseo cubierto del Municipio de Samaniego, con disponibilidad de \$1.000.000. Agregó que, con base en dicho rubro, no era posible adelantar la contratación, por cuanto el valor de la consultoría se fijó en la suma de \$16'300.000.00, lo que indicaba a las claras que no existía la disponibilidad presupuestal.

Respecto de la ejecución del contrato, consideró que el actor no había demostrado el cumplimiento de los otros requisitos pactados, tales como el de la aprobación de las pólizas de garantía y la publicación. Señaló que, de acuerdo con la cláusula cuarta del contrato, la Administración se obligó a pagar el valor del mismo tan pronto tuviera lugar la entrega del proyecto objeto de la relación contractual, previa suscripción del acta de recibo correspondiente por parte del

Municipio y a su satisfacción. Al respecto, el Tribunal manifestó que este hecho no había sido demostrado, porque las pruebas allegadas al proceso no eran suficientes para dar por establecida dicha entrega toda vez que no se aportó la respectiva acta, ni fue posible obtenerla mediante el decreto de pruebas en auto para mejor proveer. (fols. 258 a 272 c.1).

6. Recurso de Apelación

La parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia con para que en su lugar se acceda a las pretensiones que formuló.

Adujo que el Tribunal se limitó a estudiar la validez de los requisitos externos del contrato, sin analizar el enriquecimiento sin causa alegado en la demanda, a pesar de que se encontraba plenamente demostrado que el contratista cumplió de buena fe con lo pactado en el contrato, es decir, entregó oportunamente el proyecto de construcción del coliseo cubierto de la ciudad de Samaniego, que fue enviado por el alcalde de dicha localidad a la oficina de Planeación Nacional y demás oficinas respectivas, con el fin de obtener los recursos necesarios para ejecutar el proyecto de obra (fols. 275 a 277 c.1).

7. Alegatos de conclusión

En oportunidad, la parte actora presentó alegatos de conclusión. En dicho escrito solicitó la revocatoria de la sentencia apelada con fundamento en que no se realizó pronunciamiento alguno sobre la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa a pesar de que sus elementos están demostrados. La apoderada del actor pidió el reconocimiento de sus honorarios como abogada, con fundamento en que están claramente demostrados sus servicios (fol. 287 c.1).

En esta oportunidad procesal el Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte actora con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

Previo al análisis de la cuestión planteada, la Sala precisa que es competente para conocer del presente asunto en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la pretensión mayor asciende a \$16'300.000 y la mayor cuantía exigida para la fecha de presentación de la demanda -18 de octubre de 1995 - era de \$9'610.000.

1. La materia apelada

La parte actora impugnó la sentencia del Tribunal con el objeto de que se revoque y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda. Al efecto afirmó que, no obstante haber invocado la procedencia del principio del no enriquecimiento sin justa causa y de estar probados sus elementos, el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre su aplicación al caso concreto. Explicó que el municipio incumplió las prestaciones a su cargo al recibir a satisfacción el proyecto y no pagarlo, con lo cual generó un enriquecimiento sin causa, *“porque se benefició gratuitamente la entidad contratante con evidente perjuicio del actor.”* Invocó la aplicación del artículo 8 de la ley 153 de 1887, que prevé al aplicación de la doctrina constitucional y de las reglas generales del derecho, a los casos que no estén regulados por una ley exactamente aplicable.

Previo al estudio de los hechos probados y al análisis de lo pedido por el recurrente, la Sala considera necesario precisar que el principio del no enriquecimiento sin causa, en cuya aplicación se sustenta el recurso de

apelación, se ha aplicado jurisprudencialmente a eventos en los cuales entre el particular y el Estado no existe vínculo contractual. En el caso concreto, existe entre las partes un contrato fuente de obligaciones recíprocas, que ubica este litigio dentro de lo estrictamente contractual. No obstante, se impone el análisis de los elementos de la figura jurídica que el actor reclama aplicable porque, con fundamento en ella, sustenta el incumplimiento contractual de la entidad.

2. La acción ejercitada

La parte actora invocó expresamente el ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, cuyo texto, para la época de la presentación de la demanda era el siguiente:

“De las controversias contractuales. Cualquiera de las parte de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones...”

Mediante el análisis de la anterior disposición, la Sala advierte que la acción de controversias contractuales resultaba procedente para demandar la responsabilidad del Estado fundada en la existencia de daños causados en su condición de sujeto activo de la contratación estatal. Comporta entonces variadas pretensiones, algunas de las cuales no suponen la condición de parte del contrato, como sucede con la demanda que tiene por objeto la nulidad de los actos proferidos durante la etapa precontractual, la declaratoria de existencia del contrato y las que se ejerciten para *“que se hagan otras declaraciones y condenas”*.

Si bien es cierto que en el primer inciso de la norma se afirma que

“cualquiera de las partes del contrato podrá pedir que se declare su existencia”, de los otros incisos de la norma se deduce que hay eventos pre y post contractuales, lo que permite afirmar que están legitimados para ejercitarla, todos los sujetos que aún no son parte de un contrato estatal o que ya dejaron de serlo.

Afirmar que la acción de controversias contractuales no procede frente a eventos en los que se discute la existencia del contrato o el derecho que le cabe a un particular por la ejecución de prestaciones que él cree contractuales, conduciría a desconocer el verdadero sentido de la norma en comento.

Todo lo expuesto fue planteado anteriormente por la Sala en sentencia del 4 de marzo de 1991¹, cuando concluyó la procedencia de la acción de controversias contractuales en caso similar al de la referencia:

“En el sub lite, si se acepta la posición ortodoxa, habría que concluir que como el contrato no se perfeccionó la acción no podía ser sino la de reparación directa. Pero, interpretando la voluntad de las partes, lo que querían y buscaban era la celebración del contrato, puede sostenerse válidamente que el litigio encaja en los propiamente contractuales y no en las acciones de responsabilidad por hechos y omisiones de la administración”.

En el caso concreto la Sala considera que la acción ejercitada es la de controversias contractuales, porque el demandante expresamente la invocó y la sustentó en su demanda con el objeto de que se declare la existencia del contrato y el incumplimiento del mismo por la entidad pública.

Y aunque en el acápite de las normas violadas, el demandante hubiese invocado la aplicación del principio del no enriquecimiento sin causa, con fundamento en que la entidad se benefició gratuitamente con un evidente perjuicio del actor, ello no conduce a entender que la acción ejercitada es la *in rem verso*, toda vez que esta es una acción subsidiaria que se aplica en aquellos

eventos en los que, a diferencia de lo que acontece en este caso, las otras acciones no son procedentes.

3. El llamamiento en garantía.

La Sala precisa que, aunque el Municipio de Samaniego, Nariño, a través de un escrito presentado el día 24 de enero de 1996, formuló el llamamiento en garantía a los señores Pedro Dorado Galindo y Libardo Ancizar Bastidas Solarte, en su condición respectiva de Alcalde y Secretario de Hacienda Municipal durante el mes de noviembre de 1994 (fol. 81 c.1), dicha petición fue extemporánea, toda vez que no se hizo dentro del término dispuesto en los artículos 57 y 54 del Código de Procedimiento Civil, esto es, dentro del término para contestar la demanda.

En el presente caso, la demandada presentó escrito de contestación de la demanda y formuló el llamamiento en garantía, los días 23 y 24 de enero de 1996, respectivamente, fechas para las cuales ya había expirado el término de fijación en lista, conforme se indica en la constancia secretarial visible a folio 80 del cuaderno principal.

4. Lo probado

Mediante el análisis de los elementos de prueba obrantes en el expediente, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

4.1. El 10 de junio de 1994 JAIME ARTURO DORADO MOREANO y el Municipio de Samaniego (Nariño) celebraron contrato que tuvo por objeto “*ejercer la consultoría del diseño estructural arquitectónico del Coliseo Cubierto de la ciudad de Samaniego ubicado en su zona deportiva del Municipio*” (fols. 10 y 11 c.1).

¹ Sentencia que dictó la Sección Tercera el 4 de marzo de 1991. Exp. 5.825.

4.2. El 7 de julio de 1994, el Alcalde de Samaniego le envió a la Jefe de la División de Operaciones y Sistemas del Banco de Proyectos de Inversión Nacional "BPIN" - Planeación Municipal, el proyecto de *"construcción del Coliseo Cubierto en la Cabecera Urbana en el Municipio de Samaniego Nariño"*, para que se ordenara su inscripción y revisión. En el correspondiente oficio le manifestó que el municipio pretendía obtener la viabilidad del proyecto y así captar \$174.000.000 de los recursos económicos de las adiciones aprobadas al proyecto del Presupuesto General de la Nación, vigencia fiscal 1994. (fol. 249 c. ppal).

4.3. Mediante oficio BPIN 60-1593-94 del 1 de septiembre de 1994, el Jefe de la División de Operación y Sistemas del Departamento Nacional de Planeación, le envió a la Subdirectora del Fondo de Cofinanciación para la Infraestructura Urbana "FINDETER", el proyecto de *"Construcción del Coliseo Cubierto en la Cabecera Urbana en el Municipio de Samaniego Nariño"* con el objeto de que rindiera concepto sobre su viabilidad. En dicho documento se afirmó que el proyecto había sido remitido al Departamento Nacional de Planeación por el Municipio de Samaniego, por oficio del 7 de julio de 1994, como también que el mismo se enmarcaba dentro de los lineamientos establecidos en el Decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992 y la Resolución 5345 de 18 de noviembre de 1993 (fols. 19 y 250 a 253 c. 1).

4.4. En declaración rendida ante notario, el 30 de noviembre de 1994, el señor Pedro Dorado, en su condición de alcalde del municipio de Samaniego afirmó que hasta la fecha no se había reconocido ni cancelado valor alguno al ingeniero Jaime Arturo Dorado Moreano por las siguientes razones: *"1. La imputación presupuestal donde está contemplado este contrato no se ajusta a los requerimientos legales. 2. Carece de disponibilidad presupuestal. 3. Carece de pólizas. 4. Carece de adjudicación legal del contrato. 5. Carece de actas de iniciación del contrato. 6. Carece de registro presupuestal."*

En la misma fecha y ante el mismo funcionario declaró el señor Libardo Ancizar Bastidas quien invocó la condición de secretario de hacienda del municipio de Samaniego. Afirmó que el ingeniero Dorado ejecutó proyectos para

el municipio de Samaniego y que en particular realizó la consultoría del diseño del coliseo cubierto; que dicho proyecto reposa en el banco de proyectos de la Nación, que sirvió para obtener los recursos necesarios para su construcción y que en la oficina de la secretaría de hacienda no aparece ese contrato ni sus soportes legales, razón por la cual no se ha realizado el pago del valor reclamado. Agregó que dentro del presupuesto del municipio no existe disponibilidad presupuestal para cubrir los honorarios del ingeniero Dorado. (Fols 21 a 22 c. ppal)

4.5. Por oficio BPIN 60 N° 00064 del 13 de marzo de 1997, el Jefe de la División de Operación y Sistemas del Departamento Nacional de Planeación, informó al proceso que el proyecto "*Construcción Coliseo Cubierto en el Municipio de Samaniego Nariño*" se encontraba registrado en el Banco Nacional de Programas y Proyectos bajo el código BPIN 0027-03432-0103, para la vigencia de 1994, en el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social - FIS- (fol. 160 c. ppal).

4.6. El 14 de mayo de 1997, la Alcaldía de Samaniego (Nariño) certificó que para la vigencia fiscal de 1994 había existido un rubro destinado a la compra de un lote para la construcción del Coliseo Cubierto del Municipio, cuya disponibilidad era la suma de un millón de pesos (\$1'000.000). Certificó también que, revisada la documentación que reposaba en el archivo de dicha entidad, no se había encontrado ningún registro presupuestal del contrato celebrado entre el Municipio de Samaniego y el Ing. Jaime Arturo Dorado Moreano (fol. 155 c.1).

4.7. El 28 de mayo de 1997 el Jefe de la División Administrativa del Departamento Nacional de Planeación, le comunicó al Jefe de Operaciones de Sistemas BPIN, que sólo se habían encontrado tres hojas de borrador, parcialmente diligenciadas de los formatos de metodología del BPIN y una relación de informe de proyectos transmitidos, entre los cuales se encontraba relacionado el proyecto de construcción del coliseo cubierto de Samaniego (fol. 158 c.1).

4.8. El Subdirector Técnico Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social, FIS, mediante el oficio No. 2215 de junio 12 de 1997 informó que no era posible remitir documentación relacionada con el proyecto de construcción del coliseo cubierto de Samaniego, por cuanto éste no había obtenido recursos en la vigencia de 1994 y, por lo tanto, no existía ningún archivo (fol. 146 c. ppal)

4.9. El FIS mediante oficio de fecha 15 de julio de 1997, se excusó por lo informado en la anterior comunicación y remitió copia de todos los documentos existentes en esa entidad sobre el proyecto para la construcción del coliseo cubierto de Samaniego. Aportó copia del trabajo presentado por Jaime Dorado Moreano al alcalde municipal de Samaniego con fecha *junio de 1994*, copia del acuerdo No. 20 de noviembre 6 de 1994 por medio del cual se autorizó la suscripción de convenios con el FIS para la construcción del coliseo cubierto de Samaniego, como también documentos del 29 de noviembre de 1994 en los cuales el alcalde de Samaniego certificó que contaba con los recursos necesarios para cofinanciar el proyecto en un porcentaje de 10.3% del costo total de la obra y una certificación expedida por la Alcaldía Municipal de Samaniego, de fecha 29 de noviembre de 1994, en donde hizo constar que el proyecto para la construcción del Coliseo Cubierto en la Cabecera Urbana, contaba con los recursos humanos, físicos y económicos para garantizar el adecuado mantenimiento y normal funcionamiento de la misma (fols. 167 233 c. 1).

5. La existencia del contrato estatal

A diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: *“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”* En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: *“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la*

contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”

De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: *“acuerdo sobre el objeto y la contraprestación”* (elementos sustanciales) y también que *“éste se eleve a escrito”* (elemento formal de la esencia del contrato).

El Consejo de Estado en varias providencias² al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.

Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000³, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de *“perfeccionamiento”* del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.

En reciente providencia, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su *“perfeccionamiento”*, porque es un requisito necesario para su ejecución. Al efecto explicó:

² Al efecto puede consultarse lo manifestado en sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, expediente 12775 y en sentencia proferida el 3 de febrero de 2000 expediente 10399.

³ Expediente 14935.

“A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el Estatuto Orgánico de Presupuesto no modificó la ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones:

a. Cuando el Estatuto Orgánico de Presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal.

El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral. Lo que permite afirmar, como acertadamente lo hace Gordillo, que: ‘El contrato es una construcción demasiado específica como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídicos administrativos’”⁴

b. La Ley 80 de 1993 no es contraria al Estatuto Orgánico de Presupuesto, sus disposiciones son concordantes con los principios de dicha ley.

La Sala encuentra que la ley 80 de 1993, mas que contrariar las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, las desarrolla, porque i) condiciona la apertura de los procedimientos de selección del contratista a la realización de estudios que analicen, entre otros aspectos, su adecuación a los planes de inversión, de adquisición, de compras y presupuesto (art. 30) y porque ii) exige el registro presupuestal para la ejecución del contrato (inciso 2, art. 41), en consideración a que las entidades públicas no pueden gastar lo que no tienen.

Así, el registro presupuestal, que consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente

⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*; 1ª edición colombiana; Fundación de Derecho Administrativo; Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1999, p. 31.

presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin.

De conformidad con lo expuesto se tiene que:

- Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración.

- Por virtud de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, 'se perfecciona' cuando 'se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito', y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.

- El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.”⁵

6. El contrato en el caso concreto

La Sala encuentra demostrada la existencia del contrato de consultoría, toda vez que obra en el expediente el documento auténtico que lo contiene, suscrito el 10 de junio de 1994 por el Municipio de Samaniego y el Ingeniero Jaime Arturo Dorado Moreano (fols. 10 y 11 c. ppal).

Como se indicó en acápite precedente, la ley 80 de 1993⁶⁷ sólo exige para el perfeccionamiento del contrato el acuerdo escrito entre las partes sobre su objeto y las prestaciones correspondientes. Se tiene entonces que el incumplimiento del requisito relativo al certificado de registro presupuestal, del que dan cuenta el

⁵ Sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307; actor: Sergio David Martínez.

⁶ Vigente al momento de su celebración.

⁷ Cabe señalar que la cláusula décima quinta del contrato prevé “Para la legalización y perfeccionamiento de este contrato se requiere la firma de este documento por las partes contratantes. Para su ejecución se requiere la aprobación de las pólizas y la expedición del registro presupuestal por la Oficina de Hacienda Municipal y la publicación”.

propio municipio demandado, el Director General y el Subdirector Técnico del FIS,⁸ produjo la inexecución de un contrato existente.

Cabe igualmente advertir que el contratista, a su vez, incumplió otro de los requisitos de ejecución del contrato, pues en el expediente no obra constancia de que hubiese constituido las garantías de cumplimiento, que las hubiese aportado y menos aún que las mismas hubiesen sido aprobadas por la entidad.

Y como las dos partes del contrato, particular y municipio, omitieron las acciones que estaban a su cargo para que el contrato fuese ejecutable, cabe deducir que la parálisis del mismo es imputable a los dos y son las dos partes del contrato las que incurrieron en el incumplimiento.

7. El daño por la ejecución de prestaciones derivadas de un contrato al que le faltan requisitos para su ejecución

Como se indicó precedentemente las omisiones del contratista y de la entidad produjeron la suspensión de los efectos del contrato y por ende, obligaban a las partes del mismo a no desarrollar las prestaciones a su cargo.

No obstante lo anterior, el contratista entregó el trabajo objeto del contrato de consultoría a la entidad, esta lo recibió y se negó a pagar su valor con sustento en que el contrato no contaba con el registro presupuestal.

La Sección Tercera del Consejo de Estado no ha resuelto en forma coherente las cuestiones jurídicas que se derivan de situaciones como las que ahora analiza la Sala⁹, como tampoco las que se suscitan cuando entre el particular y el Estado no existe un vínculo contractual. En ocasiones ha encontrado procedente la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa y

⁸ Manifestó que el convenio 2003 de 1994 para la construcción de dicho coliseo, no tuvo registro presupuestal en 1994 y por lo tanto, no pudo constituirse para él la respectiva reserva de apropiación

⁹ La Sala ha verificado la aplicación del principio del no enriquecimiento sin causa, respecto de pretensiones que, según el contratista forman parte del objeto contratado y según la entidad no, entre otras, en el auto del

en otras ha considerado que la misma no es aplicable por la falta de concurrencia todos los requisitos exigidos por el ordenamiento.

En aplicación del principio del no enriquecimiento sin justa causa, ha considerado que el Estado no puede enriquecerse con los bienes, obras o servicios provenientes del particular y, por ende, debe reparar todos los daños causados a éste por no recibir, en forma oportuna, el pago correspondiente a la prestación ejecutada.

Para negar su procedencia, la Sala afirmó que la aplicación de dicha fuente supone la inexistencia de otras acciones y que, como el enriquecimiento del Estado y el correspondiente empobrecimiento del particular debe producirse sin una causa jurídica, en los casos propuestos, si la hay.

7. 1 Los elementos de la teoría

El no enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho cuya aplicación en nuestro ordenamiento se ha realizado por vía jurisprudencial, a partir de la interpretación del *artículo 8 de la Ley 153 de 1887*.¹⁰¹¹

Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del *“enriquecimiento sin causa”* parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado del patrimonio de un sujeto al de otro, sin que exista una causa eficiente y jurídica que lo sustente.

Aunque el artículo 831 del Código de Comercio lo regula al señalar que *“nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”* y de lo previsto en el numeral 1, del artículo 95 de la Constitución, se ha aplicado en consideración a que se trata de un principio, mas que de una disposición legal que rige las

18 de julio de 2002, expediente 22178 y en las sentencias 25561 del 15 de abril de 2004 y 12849 del 31 de agosto de 1999.

¹⁰ Dispone el artículo: *“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”*

relaciones entre las personas,¹² en el entendido de que su vigencia no está condicionada a una consagración normativa puesto que ello restringiría su aplicación.

Es así como la construcción de dicha teoría, se ha producido mediante la definición de sus elementos, realizada especialmente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias¹³. Estos son:

“1º) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

2º) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión

¹¹ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia D 655 del 1º de marzo de 1995.

¹² Al efecto cabe consultar sentencia proferida por el Consejo de Estado el 8 de mayo de 1995, expediente 8118.

¹³ Ver, entre otras, sentencias de 6 de septiembre de 1935; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3º) para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4º) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

Por lo tanto, carece igualmente de la acción... el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5º) La acción... no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado...”.¹⁴ (Se subraya).

¹⁴ Gaceta Judicial XLIV, 474.

El referido concepto de *enriquecimiento*, debe entenderse no sólo cuando ingresen bienes al patrimonio de un sujeto, sino también cuando se *evita* una erogación. Y especialmente porque el enriquecimiento no se deduce a partir de un mero análisis material, es necesaria su prueba jurídica.

En efecto, conforme lo ha señalado la doctrina, “*la prestación ineficaz o infructífera no sirve de causa para pedir*”¹⁵, como sucede por ejemplo cuando se construye en terreno ajeno, pues el hecho material no produce *per se* el enriquecimiento del propietario del inmueble, es necesario un juicio de valor respecto de su situación particular, porque dicha circunstancia bien puede representarle una pérdida, cuando su perspectiva económica exigiera un terreno libre de edificaciones.

En cuanto al elemento alusivo a la ausencia de causa jurídica, cabe precisar que supone “*que no haya otra fuente de la obligación como un contrato o un hecho ilícito y que no exista otra acción por la que se pueda restablecer el equilibrio perdido...*”¹⁶.

Resulta igualmente necesario advertir que no se aplica la teoría cuando el empobrecimiento tiene por causa el hecho exclusivo del sujeto que lo padece, pues en estos casos debe soportar las consecuencias de sus acciones u omisiones, como lo impone la máxima según la cual a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio.

La Sala resalta finalmente, que la teoría del enriquecimiento no puede utilizarse para regular situaciones derivadas de la violación del ordenamiento jurídico o para solucionar eventos determinados por la ineficiente gestión administrativa. De allí que su aplicación no conduzca a la indemnización del daño, sino a la correspondiente compensación, que se define en consideración al

¹⁵ Fábrega Ponce, El Enriquecimiento sin causa, tomo 1, Ed. Plaza y Janes, Bogotá, 1996, pág. 238.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, del 28 de agosto de 2001. Expediente: 6673. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.

7.2 Fundamentos de la tesis positiva

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha aplicado la figura especialmente frente a la situación que se presenta cuando un sujeto ejecuta una prestación a favor del Estado, cuando el contrato no se ha perfeccionado o ya ha terminado; como también para regular eventos en los cuales se ejecutan prestaciones que no están comprendidas en el contrato legalmente celebrado entre las partes.

Así, invocó la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa justa, en consideración a que la administración gozó del servicio de mantenimiento de equipos de oficina¹⁷, recibió una obra artística¹⁸ o una obra material en una urbanización¹⁹ no obstante lo cual no pagó el valor correspondiente.

Frente a las situaciones de hecho que suelen ocurrir antes de suscribir los contratos y que son determinantes de daños al particular, el Consejo ha afirmado que se configura la responsabilidad del Estado²⁰ y hay lugar *“al reconocimiento de los daños y perjuicios en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, donde desde luego ocupa un lugar preponderante la confianza que en la parte se haya suscitado, dentro de la etapa previa al perfeccionamiento del negocio jurídico.”*²¹

De igual manera, en sentencia proferida el 10 de septiembre de 1992²², con fundamento en una cita del profesor Karl Larenz,²³ dicha Corporación afirmó que

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1991. Exp. 6306. M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 1994.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de julio de 1997. Exp. 10.030

²⁰ Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Expediente: 11.848.

²¹ Sentencia proferida el 29 de enero de 1998, expediente 11099; CP: Dr. Daniel Suárez

²² Expediente 6822, actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A.; CP Dr. Julio César Uribe Acosta.

²³ Derecho Justo, Fundamentos de Etica Jurídica; Ed. Civitas, Págs. 90 y s.s

“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pasiva vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por lo tanto de la paz jurídica.”

Así también, en aplicación del principio de buena fe de que trata el artículo 83 de la Constitución, ha indicado que del mismo surge para la administración la obligación *“de pagar las obras ejecutadas con asentimiento de su parte, precisamente con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado”* porque de acuerdo con dicho precepto *“la buena fe se presume y los particulares y autoridades públicas deben ceñirse a dichos postulados.”*²⁴

Como sustento de su postura, ha dicho que durante la etapa de formación de un contrato existen obligaciones recíprocas, que de incumplirse determinan la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el iter negocial y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio. En la sentencia proferida el 29 de enero de 1998, dijo la Sala:

“Así las cosas y teniendo presente que la entidad demandada entró en tratos preliminares con miras a la celebración de un negocio jurídico, no puede predicarse que se sustraiga de aquellos deberes de corrección y lealtad exigibles de todos aquellos que participan del tráfico jurídico en ejercicio de la autonomía privada, así se trate de una entidad distrital, como es el caso del presente proceso, y en ese entendimiento para la Sala resulta claro del análisis probatorio verificado que la entidad demandada incurrió en una manifiesta reticencia por decirlo menos, al haber inducido y patrocinado con su comportamiento que el actor siguiese en función de la ejecución del negocio, sin advertir - carga de advertencia - que era necesario contar con tiempo prudencial para la observancia de los requisitos que exigía el perfeccionamiento del contrato...”

²⁴ Sentencia 11099 citada.

También, para solucionar controversias suscitadas por la ejecución de prestaciones adicionales al contrato, la Sala, en aplicación del citado principio ha considerado²⁵:

“la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudirse a la acción de reparación directa.”²⁶(Subraya ahora la Sala)

Cabe igualmente resaltar que, en gran número de casos, la Sección ha interpretado la demanda en aplicación del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el meramente formal, para considerar que lo pedido por el actor no es la declaratoria de existencia del contrato y la condena a la reparación de los daños derivados de su incumplimiento, sino la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto *“ocasionado y suscitado por la conducta observada por la parte demandada, la que además se considera contraria al postulado de la buena fe”*.

Y respecto del derecho que le asiste al *damnificado*, el Consejo, en varias providencias, ha dispuesto la indemnización plena de los perjuicios materiales pedidos, *daño emergente y lucro cesante*, cuantificados sobre la base del valor de lo ejecutado y no pagado.²⁷

²⁵ Al respecto cabe igualmente consultar: Sentencias del 14 de febrero de 2002, expediente 13600; 11895 del 30 de noviembre de 2000; 11172 del 20 de enero de 1998; 8118 del 8 de mayo de 1995; 8830 del 22 de abril de 1996; 6788 del 24 de septiembre de 1992; 5618 del 22 de febrero de 1991; 2850 del 9 de marzo de 1984.

²⁶ Auto del 18 de julio de 2002, expediente 22178.

²⁷ Sentencia 11099 citada.

De lo anterior se advierte claramente que la Sala ha manejado el enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, sin tener en cuenta que es una fuente autónoma de obligaciones. En otras ocasiones, ha invocado la aplicación de la teoría del enriquecimiento como fuente de la obligación de reparar, fundado en que se violó el principio de confianza legítima, sin verificar la concurrencia de todos los elementos que la determinan y, en no pocas providencias, ha dispuesto la indemnización plena de perjuicios como efecto de la aplicación del enriquecimiento sin causa, olvidando que su aplicación sólo produce la compensación al empobrecido.

7.3 Fundamentos de la tesis negativa

En algunas ocasiones la Sala ha encontrado improcedente la teoría del enriquecimiento sin causa para regular la situación que se presenta por la ejecución de prestaciones sin contrato.

Así, en sentencia proferida el 11 de octubre de 1991 afirmó que dicha teoría *“no puede ser invocada, como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. Con esto se quiere significar que la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la ACTIO IN REM VERSO.”*

Más recientemente, en providencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662, la Sala retomó la tesis de la improcedencia de la teoría del enriquecimiento sin causa, con fundamento en la naturaleza subsidiaria de la actio in rem verso.

Al improbar una conciliación judicial que tenía por objeto el pago a un particular del valor correspondiente a prestaciones ejecutadas cuando el contrato

estaba terminado, luego de haber sido prorrogado varias veces, la Sala consideró que la especialidad de las normas que rigen la formación y ejecución del contrato estatal impiden la aplicación del enriquecimiento sin causa para definir las obligaciones que le cabrían a la entidad pública, que dispone y acepta las prestaciones ejecutadas por un particular, cuando el contrato no se ha configurado o está terminado.

Dijo entonces la Sala:

*“Tomando en cuenta que las solemnidades requeridas para la existencia del contrato administrativo, son una garantía que cubre intereses públicos y particulares, pues con ellas se garantizan la transparencia en el manejo de los recursos públicos, se definen claramente las necesidades públicas por satisfacer, y, entre otras más, **se garantiza a los prestadores de bienes y servicios de la administración, los deberes y derechos que nacen de dicha prestación;** la Sala advierte, al comparar lo anterior con el fundamento del ‘enriquecimiento sin causa’, que el estado evolutivo de las relaciones ‘jurídicamente relevantes’ entabladas con la administración pública, si bien prevé posibles injustos desequilibrios patrimoniales, ofrece diversas formas de evitar y remediar estas situaciones, sin acudir a la teoría del ‘enriquecimiento sin causa’.*

(...) cuando el contratista de la administración acepte prestar un servicio, con pleno conocimiento de que está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, no puede aprovecharse posteriormente de su propia culpa, para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la Ley.”

7.4 Posición actual de la Sala

La Sala encuentra indispensable resaltar el carácter subsidiario de la acción *in rem verso* y considera que, para solucionar los problemas que se suscitan cuando se ejecutan prestaciones sin que exista el contrato, o cuando, como en el

presente caso el contrato no es ejecutable, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto.

Advierte también que, conforme lo ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia nacional, la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa impone la concurrencia de todas las condiciones que la configuran, sin que resulte suficiente demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento.

La aplicación generalizada de la teoría del enriquecimiento sin causa, para resolver situaciones como las señaladas, ha comportado la omisión de requisitos especialmente relevantes, cuales son que *“el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica”*; que *“mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa”* y que *“el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia”*.

Así sucede frente a eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones legales que están a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, caso en el cual se debe acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de las reglas del principio de buena fe que orienta dichas relaciones, se declare dicha responsabilidad y se disponga la consecuente condena a la indemnización plena de todos los perjuicios.

De igual manera ocurre, cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, pues en este evento se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación.

También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.

8. La solución al caso concreto

Si bien es cierto que en el ámbito de la responsabilidad contractual se impone el análisis del objeto y de las prestaciones del contrato, a efecto de determinar si la obligación que el demandante alega como incumplida está contenida en él, en el presente caso, dicho ejercicio no resulta procedente para acceder a las pretensiones formuladas, toda vez que, como se indicó, las obligaciones derivadas del contrato estaban suspendidas, porque no se cumplieron los requisitos previstos en la ley, para que el contrato fuese ejecutable.

No obstante, la Sala procede a verificar la alegada aplicación del principio del no enriquecimiento sin justa causa, en consideración a que, como se expresó al inicio de estas consideraciones, el apelante fundó su impugnación en que la obligación resarcitoria proviene de la aplicación subsidiaria del mismo.

8.1 El enriquecimiento de la entidad y el correlativo empobrecimiento del particular.

La Sala, a diferencia de lo considerado por el Tribunal, encuentra claramente probado que el contratista presentó a la entidad el proyecto para la construcción del coliseo cubierto del Municipio de Samaniego Nariño.

Así se deduce, entre otros documentos, del oficio de julio 7 de 1994 por medio del cual el señor LUIS ALEJANDRO BASTIDAS, en su condición de Alcalde de Samaniego, remitió a la oficina del Banco de Proyectos de Inversión Nacional de Planeación Nacional, el proyecto elaborado por el ahora demandante con el fin de obtener concepto sobre su viabilidad y captar los recursos necesarios para la construcción del coliseo.

La Sala encuentra que el documento remitido a planeación nacional fue el presentado por el señor Dorado Moreano, pues el FIS, en respuesta a la solicitud que le hizo la División de Operaciones de Sistemas del Banco de Proyectos de Inversión Nacional del Departamento Nacional de Planeación el 15 de julio de 1997, remitió a este proceso copia de ese proyecto, junto con un documento que denominó "*Convenio 2003*", en donde consta la necesidad de llevar a cabo la obra (fols. 18, 168 a 222 c. ppal).

La misma División Administrativa del Departamento Nacional de Planeación afirmó tener en su poder el referido proyecto, cuando en memorando del 28 de mayo de 1997 le comunicó al Jefe de Operaciones de Sistemas BPIN, que había encontrado una relación de informe de proyectos transmitidos, entre los cuales se encontraba relacionado el proyecto de construcción del coliseo cubierto de Samaniego (fol. 158).

Y de la comparación de la copia del trabajo de consultoría que aportó el demandante con el registro del proyecto que recibió el FIS se deduce que son los mismos.

No hay duda entonces que el contratista, a pesar de que el contrato no era ejecutable, entregó el trabajo de consultoría objeto del contrato, como también que el municipio, enterado de las mismas circunstancias, lo recibió y tramitó ante las autoridades competentes.

Se probó también que la entidad pública no pagó el valor acordado en el contrato de consultoría, a cuyo efecto adujo no haber encontrado el aludido contrato en sus archivos y que el mismo carecía de registro presupuestal.

De lo anterior concluye la Sala que está acreditado el enriquecimiento de la entidad correlativo al empobrecimiento del contratista.

8.2. Que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica, esto es, que no provenga de otra fuente de las obligaciones.

La Sala, como se indicó precedentemente, considera que la circunstancia de que la entidad hubiese recibido y aprovechado el trabajo que le entregó el contratista, a pesar de no haber cumplido los requisitos previstos en la ley para que el mismo fuese ejecutable, traduce en **un verdadero incumplimiento contractual**.

Advierte también que igual calificativo merece la conducta del contratista demandante, quien a pesar de omitir los deberes legales a su cargo para que el contrato fuese ejecutable, procedió a desarrollar las prestaciones en él contenidas.

Todo lo anterior permite a la Sala considerar que el daño, por cuya reparación se adelantó el presente proceso, tuvo por causa la el incumplimiento en que incurrió el municipio, en concurrencia con la negligencia del contratista, puesto que ambos sujetos incumplieron los mandatos legales y contractuales que supeditaban la ejecución del contrato a la aprobación de las garantías y a la expedición del registro presupuestal.

Se tiene así que el elemento que se analiza no se cumple, porque el desplazamiento patrimonial si tuvo una causa o fuente jurídica: el incumplimiento contractual de la víctima en concurrencia con el incumplimiento contractual del Estado, que conduce a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado y a disponer la indemnización de los perjuicios que proporcionalmente le resulten imputables.

Y aunque la falta de este elemento es suficiente para inaplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, la Sala revisará las otras condiciones para demostrar que esta figura es generalmente improcedente para resolver casos como el que ahora se analiza.

8.3. Que el demandante carezca de otra acción procedente para reparar el empobrecimiento

La Sala considera que este requisito tampoco se cumple toda vez que, como se explicó precedentemente, la acción que procede para reparar los daños derivados de la inexecución de prestaciones contractuales es precisamente la de controversias contractuales. Como también lo es cuando el daño consiste en la privación del pago de las prestaciones desarrolladas cuando el contrato está suspendido por el incumplimiento de los requisitos que condicionan su ejecución.

8.4. Que no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley

Como quedó expuesto, la situación objeto de análisis se produjo porque las partes del contrato eludieron la aplicación de las normas legales que condicionan su ejecución a la aprobación de garantías y a la expedición del certificado de registro presupuestal (inciso 2, artículo 41, ley 80 de 1993).

Aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa en el caso concreto, para deducir el derecho del contratista a que se le *repare el* daño, conduciría a evadir *el cumplimiento de normas imperativas*, pues al considerar que el contratista tiene derecho a que se le pague el valor total del trabajo que presentó, se omitiría el

cumplimiento del artículo 41 de la ley 80 de 1993, que condiciona la ejecución del contrato a la aprobación de las garantías y al registro presupuestal.

9. Conclusión

La Sala considera que la situación analizada se enmarca en un típico evento de responsabilidad contractual por el incumplimiento de la entidad y del contratista, de la obligación legal de abstenerse de ejecutar obligaciones sin el lleno de los requisitos correspondientes.

Advierte también que la actitud del contratista contribuyó eficazmente en la producción del daño, razón por la cual la indemnización de los perjuicios por cuya reparación se demandó, debe reducirse en consideración al grado de participación del particular.

En efecto, el no pago de la prestación ejecutada es imputable a las acciones y omisiones de los dos sujetos del contrato, contratista y municipio de Samaniego, razón por la cual no resulta procedente acceder a la pretensión encaminada a que se condene el municipio a la indemnización de todos los perjuicios materiales.

Y frente a la concurrencia de acciones, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil²⁸, lo que procede es una indemnización proporcional al grado de participación de la víctima en la producción del daño, que para este caso la Sala estima en un 50%.

De esta manera, la fuente de la obligación de pagar no es el contrato, pues se un contrato suspendido no genera las obligaciones en él contenidas; como se indicó, la obligación indemnizatoria surge de la violación de las normas legales que imponen a la entidad y a los particulares el cumplimiento de lo indicado en el citado artículo 41 de la ley 80.

²⁸ Artículo 2.357: *La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.*”

10. Cuantificación del perjuicio material

Para determinar el monto de los perjuicios materiales causados en el presente caso, la Sala tomará en cuenta el cincuenta por ciento (50%) del valor del trabajo entregado a la entidad, esto es, dieciséis millones trescientos mil pesos - \$16'300.000 - que actualizará desde la fecha en que se produjo la entrega del trabajo a la entidad - *julio de 1994* - a la fecha de esta providencia - *septiembre de 2006* -, en aplicación de la siguiente fórmula:

$$V = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

V: valor actualizado

Vh: valor histórico

Índice final: índice de precios al consumidor a la fecha de esta sentencia, abril de 2007

Índice inicial: índice de precios al consumidor de la fecha en la que debió efectuarse el pago, julio de 1994.

Entonces,

$$VH = 16'300.000 / 2 = 8'150.000$$

$$V = 8'150.000 \frac{175,30}{47,29} = 30'211.355,47$$

$$V = 30'211.355,47$$

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de fecha diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, y en su lugar se dispone:

PRIMERO. DECLÁRASE la responsabilidad patrimonial del municipio de Samaniego por el daño derivado del incumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2, artículo 41 de la ley 80 de 1993.

SEGUNDO. DECLÁRASE demostrado el hecho de la víctima como causa concurrente y eficiente en la producción del daño, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDÉNASE al municipio de Samaniego al pago de \$30'211.355,47 por concepto de perjuicios materiales.

CUARTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

QUINTO. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CUMPLASE Y DEVUÉLVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO
Aclara voto

ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ
Ausente

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

**TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Acción in rem verso /
ACCION IN REM VERSO - Enriquecimiento sin causa**

El enriquecimiento sin causa, así como la acción idónea para reclamarlo judicialmente (actio de in rem verso), a diferencia de la postura jurisprudencial que viene del año 2006, no ostenta el carácter de fuente subsidiaria de las obligaciones, como quiera que a partir de ella se garantiza el acceso a la administración de justicia (art. 228 de la Constitución Política), para deprecar el amparo jurisdiccional ante un incremento patrimonial de naturaleza injusta. Adicionalmente, y contrario a lo afirmado en el último criterio jurisprudencial que, como se precisó, fue adoptado en el año 2006, no son pocos los eventos que en el ordenamiento jurídico se ven amparados judicialmente gracias a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, entre los cuales podríamos encontrar, entre otros: a) Abusos del derecho desencadenados durante el período precontractual, que generan traslados patrimoniales injustificados, en perjuicio de una de las

partes que intervienen en las tratativas, los cuales no puedan ser formulados vía contractual (acción contractual) o extracontractual (reparación directa), dadas las especiales características del caso (v.gr. eventos en los cuales la administración motiva al particular a prestar un servicio o ejecutar determinada obra, mediante actos de confusión, sin que exista contrato estatal que regule las obligaciones contraídas por las partes). b) “Los negocios de enajenación realizados por quienes carecen de derecho y que son válidos a favor del adquirente de buena fe, enriqueciendo, por tanto, indirectamente al enajenante, que recibe la contraprestación, sin que tal enriquecimiento pueda justificarse a la luz de la justicia y la equidad.” c) La unión inseparable de cosas propias en propiedad ajena, que lleva, por razones de lógica jurídica y de interés económico general, a una pérdida de derechos que respecto de la persona propietaria de la cosa que se ha unido a la primera no es justa. d) Cuando opera la denominada *condictio ob rem dati*, es decir cuando se ha hecho una *datio* (dación) en vista de una prestación equivalente, que no ha sido ejecutada.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Particular / CONTRATO ESTATAL - Legalidad

El criterio que no se comparte radica, vía jurisprudencial, una obligación en cabeza del particular que desarrolla una obra o presta a favor del Estado un servicio, de ser garante específico y guardián de la legalidad del contrato cuando lo cierto es que dicha imposición no se le ha asignado ni expresa ni tácitamente por el ordenamiento jurídico, cosa diferente es que su conducta se debe acompañar al mundo de la legalidad como es deber de todos, bajo el supuesto lógico de la permisón y la prohibición. En síntesis, el particular tiene asignada una obligación genérica de respeto por los principios y reglas de derecho que le son de carácter imperativo (v.gr. orden público, parámetros de buena fe, reparación del ilícito civil, responsabilidad frente al cuasidelito, etc.), es decir, existe un deber general de respeto por el ordenamiento jurídico; no obstante, dicho compromiso no se puede extender a tal nivel que se imponga en cabeza de aquél la obligación de ser garante total de la legalidad del contrato; no resulta, por consiguiente, aceptable que sobre él recaiga una censura (imputar culpa) en cuanto al acatamiento de los procedimientos de selección y requisitos de perfeccionamiento del contrato, lo que es una labor propia de la administración; por ello es que se entiende que el contratista es un colaborador en el desarrollo y ejecución de los deberes y obligaciones del Estado, que se materializan a través del mecanismo de la contratación.

TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Compensación

La figura del enriquecimiento sin causa, no supone el pago de una indemnización de perjuicios a favor del demandante -puesto que no se ha ocasionado un daño antijurídico-, sino, simplemente, con base en criterios de justicia y de equidad (art. 1º Constitución Política y 16 de la ley 446 de 1998) recomponer o compensar las cargas obligacionales, que han ocasionado el traslado de un patrimonio a otro sin que exista soporte que lo justifique.

FF: CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 1; LEY 446 DE 1998 ARTICULO 16

ACCION IN REM VERSO - Generalidades / ACCION IN REM VERSO - Características / ACCION IN REM VERSO - Diferente a la acción de reparación directa / ACCION IN REM VERSO - Término de caducidad / ACCION IN REM VERSO - Enriquecimiento sin causa / ACTIO IN REM VERSO - Enriquecimiento sin causa

El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la acción de in rem verso -cuyos orígenes se hallan en el derecho romano-, de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos. La acción tiene una serie de características que, a continuación, se exponen: a) Es de naturaleza subsidiaria, esto significa que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial deprecado. b) En directa relación con lo anterior, la acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil. c) Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante. Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio. Es por lo anterior que se debe precisar, que la forma idónea y exacta de presentar la acción in rem verso (actio de in rem verso) es de manera autónoma e independiente, sin que sea dable confundirla o equipararla a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. -esta última de naturaleza indemnizatoria-. Así las cosas, la acción in rem verso halla su fundamento en el propio articulado del Código Civil, y es posible interponer la misma dentro de los términos de prescripción y caducidad contenidos en dicho estatuto normativo. d) El término de caducidad de la acción in rem verso, dadas las anteriores consideraciones, será de 10 años según lo preceptuado en el artículo 2536 ibídem. En ese orden de ideas, independientemente al hecho de que la acción in rem verso se rija por los postulados normativos del Código Civil, inclusive en materia de términos de caducidad, esto no impide que el juez de lo contencioso administrativo pueda conocer de la misma, para definir, en cada caso concreto, si las pretensiones de desequilibrio patrimonial injustificado, en las cuales interviene una entidad estatal -en los términos establecidos en el artículo 82 del C.C.A.- tienen o no vocación de prosperar, con la salvedad específica que el trámite correspondiente para ventilar ese tipo de pretensiones, será el contencioso ordinario establecido en los artículo 206 y s.s. del C.C.A.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007)

Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669)

Actor: JAIME ARTURO DORADO MOREANO

Demandado: MUNICIPIO DE SAMANIEGO (NARIÑO)

Referencia: APELACION SENTENCIA CONTRATOS

ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien, comparto la decisión adoptada el 7 de junio de 2007, en el proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con un aspecto contenido en la parte motiva de la respectiva sentencia.

Razones y fundamentos de la aclaración:

Me aparto del razonamiento establecido en la providencia antes mencionada, en cuanto abordó el tratamiento de la figura sustantiva del enriquecimiento sin causa, cuando en mi criterio, era claro que de conformidad con las pretensiones contenidas en la demanda, dicha circunstancia se tornaba innecesaria, tal y como a continuación paso a exponerlo:

1. En la actualidad, es pacífica la jurisprudencia de la Sección Tercera en cuanto concierne a los elementos que se requieren para el perfeccionamiento del contrato estatal. En esa perspectiva, en el caso concreto, era claro que la acción

procedente para controvertir el supuesto incumplimiento invocado en la demanda, e imputado al municipio de Samaniego, se debía resolver bajo los planteamientos de las de controversias contractuales establecida en el artículo 87 del C.C.A., como quiera que el contrato estatal se encontraba perfeccionado, situación que, incluso se encuentra claramente reconocida en la sentencia.

2. En ese orden de ideas, respetuosamente considero que todo el planteamiento abordado a lo largo de la providencia, en relación con la teoría del enriquecimiento sin causa -teorías expuestas, acción in rem verso, diferentes posiciones de la Sala, entre otros aspectos-, excedía el marco de análisis con que se ha debido resolver el asunto sometido a consideración de la Sala.

Es por lo anterior que, en mi discernimiento, todas las reflexiones contenidas en la parte motiva de la sentencia acerca del contenido y alcance de la teoría del enriquecimiento sin causa que, valga la pena decirlo, simplemente buscan morigerar parcialmente el criterio jurisprudencial de la Sala expuesto en el auto de 30 de marzo de 2006 (expediente 25662), constituyen, frente al caso específico, una *obiter dictum*²⁹, que no tiene ningún tipo de fuerza vinculante en relación con los aspectos centrales en los cuales se apoyó la Sala para definir la controversia y, adicionalmente, en relación con la posición que debe asumir la Sección Tercera en cuanto tiene que ver con el enriquecimiento sin justa causa y la forma de deprecar su reconocimiento al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La anterior conclusión resulta palmaria de la sola lectura de las pretensiones de la demanda (página 1 de la sentencia), de donde se desprende, de manera diáfana, que la acción ejercitada tenía como propósito fundamental el reconocimiento de la existencia del contrato estatal celebrado, así como el pago de los perjuicios derivados de su incumplimiento.

²⁹ “[L]a distinción entre ratio y obiter funciona de la siguiente manera: hay, en primer lugar, obiter dictum cuando los apartes en discusión de la sentencia, aunque explícitos, no hacen parte del tema central o esencial del estudio suscitado...” LÓPEZ Medina, Diego Eduardo “El derecho de los jueces”, Ed. Legis, 2ª edición, Pág. 223.

En ese contexto, si bien en el concepto de violación de la demanda el actor hizo una breve referencia al posible enriquecimiento sin causa de la entidad demandada, así como en sede del recurso de apelación, lo cierto es que dicha circunstancia por sí misma, no brindaba suficiente soporte a la Sala para que asumiera el análisis de dicho aspecto sustancial que, a todas luces, de conformidad con los parámetros y criterios jurisprudenciales actualmente vigentes, era innecesario para desatar la controversia sometida a consideración de la Corporación.

3. En efecto, dado que en el asunto *sub exámine*, se encontraba perfeccionado el contrato estatal, aunque adolecía de requisitos para su ejecución, la Sala definió correctamente el objeto de apelación; entonces, en mi concepto, toda la serie de razonamientos esgrimidos alrededor de la teoría del enriquecimiento sin causa son, como ya lo precisé, *obiter dictum*, que pretenden morigerar o sistematizar una posición asumida por la Sala, de cuyos contenidos generales y particulares me aparto diametralmente.

4. Así las cosas, procedo a presentar, con el debido respeto, los argumentos que, en mi consideración, deben reorientar la posición que, equivocadamente, ha asumido la Sala en torno a la figura del enriquecimiento sin causa y la acción *in rem verso*:

4.1. Fuentes de las obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano - teoría del enriquecimiento sin justa causa

Las obligaciones pueden tener origen en diversas situaciones consagradas en la ley, la cual podríamos denominar fuente genérica de las mismas. En esa medida, la ley en sentido material consagra aquellos actos, hechos, o situaciones vinculantes que se concretan en la asignación de una prestación en cabeza de una persona o sujeto de derechos, lo que es amparado por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, las obligaciones pueden tener nacimiento directamente de actos jurídicos -v.gr. el contrato o actos unilaterales-, en hechos jurídicos con virtualidad para obligar -v.gr. el ilícito civil-, o en la teoría del enriquecimiento sin causa.³⁰

En ese contexto, para la materialización, cumplimiento y exigibilidad de las prestaciones contenidas en el vínculo obligacional, se torna en necesario determinar cuál es el fundamento que las estructura, con la finalidad de establecer el contenido y alcance de cada una de ellas y, así mismo, identificar la vía idónea mediante la cual se debe deprecar el cumplimiento judicial de aquéllas.

En esa perspectiva, no es lo mismo pretender el cumplimiento e indemnización derivados de un contrato estatal, que solicitar la indemnización de perjuicios originada en la actividad extracontractual de la administración pública, por cuanto si bien, ambos eventos jurídicos tienen su razón de ser en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cierto es que en tratándose de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el origen o fundamento de la obligación cuyo cumplimiento se pretende obtener vía judicial, va a determinar la acción a ser ejercida para conseguir la declaración correspondiente.

Ahora bien, es posible que existan ciertos eventos o situaciones que, aunque en principio pueden tener su nacimiento en un acuerdo de voluntades, lo cierto es que ante la falta de cumplimiento de ciertas formalidades *ad substantiam actus* (art. 40 ley 80 de 1993), extraigan dicho consentimiento de las partes del mundo contractual, para trasladar el fundamento de los mismos a otro tipo de ámbitos, como por ejemplo el del enriquecimiento sin justa causa.

³⁰ Artículo 1494 Código Civil.- "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de una misma familia."

En relación con la fuente de las obligaciones relativa al enriquecimiento sin justa causa, la doctrina nacional ha puntualizado:

“Se presenta en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a una causa jurídica justificativa. Claro es que tal situación está condenada por el derecho y la equidad; pero esta circunstancia no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin justa causa con el delito o cuasidelito. Baste tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito para comprender que esta figura o situación es diferente de las que se origina en un hecho delictuoso o culposo que causa perjuicio a otra persona. Por ejemplo, en la accesión de una cosa mueble a otra por adjunción o por mezcla del dueño de la cosa principal se hace dueño de la accesorio, con la obligación de pagar el valor de esta a su antiguo propietario, y es posible que la accesión se haya verificado a consecuencia de un hecho físico o de un hecho voluntario ejecutado sin culpa ni dolo algunos. Tampoco hay hecho ilícito en la agencia oficiosa, ni de parte del gestor ni de parte del dueño del negocio, y, sin embargo, este puede resultar obligado a indemnizar a aquel por la aplicación del principio del enriquecimiento sin justa causa.

“Lo que sí se puede afirmar es que el enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo que se ha enriquecido proviene de acto ejecutado por este con la intención directa y reflexiva de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte

que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera.”³¹ (subrayado adicional de la Sala).

En esa perspectiva, el enriquecimiento sin justa causa es fuente directa de las obligaciones, en aquellos eventos en que sin existir un acto jurídico, ni un hecho ilícito como tal, existe un patrimonio que se enriquece a causa de otro que en la misma proporción se empobrece de manera injustificada³², razón por la cual se debe compensar dicho detrimento para el segundo.

De lo anterior, se colige que según la doctrina y la jurisprudencia (tanto civil como contencioso administrativa), son varios los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones: i) el enriquecimiento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, iii) que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, esto es que no se origine en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del C.C., y iv) como consecuencia de lo anterior, se debe carecer de cualquier acción para reclamar dicha reparación patrimonial (motivo por el cual se abre paso la *actio de in rem verso*).

En el caso de los contratos estatales regulados por la ley 80 de 1993, es claro que para determinar su existencia debe acreditarse el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 41 de dicho estatuto

³¹ OSPINA Fernández, Guillermo “Régimen General de las Obligaciones”, Ed. Temis, Bogotá, Pág. 42 y 43.

³² “(...) [E]l enriquecimiento injusto o sin causa –términos que para los autores son indudablemente sinónimos- es fuente de obligaciones; esta fuente genera una obligación que es de reparación del perjuicio ocasionado; se reconoce como principio general del derecho; se subraya la injusticia del enriquecimiento como fundamento y, por último, al establecer los requisitos se sigue la tradición germano-italiana: un incremento patrimonial de cualquier clase, la carencia de razón jurídica que la fundamente y el correlativo enriquecimiento de otra persona. Es la falta de razón jurídica que fundamente el empobrecimiento lo que se expresa diciendo que es injusto o sin causa.” (negrillas fuera del texto original) DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel “Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa”, Ed. Civitas, 1988, Madrid, Pág. 33.

contractual; ante la ausencia de alguno de ellos, la consecuencia lógica y jurídica es la inexistencia del negocio jurídico, como quiera que son elementos sustanciales para su perfeccionamiento.³³

De otro lado, y sobre el particular, el artículo 1500 del Código Civil, preceptúa:

“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona con el solo consentimiento.”

En ese orden, en aquellos supuestos en que se despliega una actividad a favor de una entidad pública, sin que medie la existencia de contrato estatal, no es posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular en la orbita contractual, puesto que, precisamente, hay una ausencia absoluta de negocio jurídico. Así mismo, no resulta viable encuadrar la eventual reclamación en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto que la administración pública en estos supuestos, no genera como tal un perjuicio o lesión al particular, sino que, por el contrario, sin que exista causa jurídica de por medio, genera una expectativa en el sujeto particular que desencadena el desplazamiento patrimonial injustificado.

La jurisprudencia de la Sección Tercera, sobre la teoría del enriquecimiento sin justa causa ha señalado:

“La Sala, de tiempo atrás, ha utilizado el principio del no enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el que aquí se juzga, siempre y cuando se reúnan exigencias tales como la existencia de un

³³ “Art. 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...”

enriquecimiento de la entidad pública y un correlativo empobrecimiento del demandante que carezcan de causa jurídica, la buena fe en la actuación y en la inexistencia de otra acción que permita reclamar la indemnización por el menoscabo patrimonial sufrido. Sobre estas bases se ha edificado la procedencia de la acción de in rem verso. Siendo, como es, un principio general, su inserción en un código de aplicación restringida (artículos 1o. y 22 del Código de Comercio), no puede generar el efecto de disminuir su generalidad o de restringir su campo de aplicación; no tendría ninguna lógica sostener que en las relaciones comerciales está prohibido el enriquecimiento injusto pero que dicha prohibición no rige en otros campos relacionales de naturaleza civil o administrativa.”³⁴

Y, de otra parte, en relación con la prestación material de un servicio o ejecución de una obra sin que exista negocio jurídico de por medio, la Corporación puntualizó:

“La pretensión por enriquecimiento sin causa, tiene su fundamento básico, en casos como el que ahora ocupa a la Sala, en la prestación de un servicio, el suministro de bienes, o, la confección de alguna obra en beneficio del ente público, sin que el prestador de tales servicios, suministrador de bienes o constructor de la obra hubiere obtenido la contraprestación equitativa que gobierna el intercambio de bienes y servicios, a más de no poder hacer valer la acción consagrada por el art. 87 del C.C.A., titulada "de las controversias contractuales", por la elemental razón de no existir negocio jurídico como fuente de obligaciones que gobierne la situación planteada. **Así las cosas, el administrado ve disminuido su patrimonio, en tanto que la administración ve aumentado el**

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

suyo, y ésta se favorece por contera al no pagar las sumas correspondientes, sin que exista para ello fundamento ni causa legales. Allí, precisamente se justifica que intervenga la jurisdicción para que, a petición de quien se sienta lesionado en sus intereses, ordene la restitución o restablecimiento del indebido acrecimiento del patrimonio estatal a la parte empobrecida. Doctrinariamente se ha denominado a esta acción como *actio in rem verso* y jurisprudencialmente ese enriquecimiento sin causa se ha acogido como fuente de obligaciones.”³⁵(resalta la Sala).

En esa medida, existen una serie de consideraciones personales que permiten avalar la línea jurisprudencial trazada desde 1991 y, por consiguiente, controvertir, respetuosamente, la establecida a partir de marzo de 2006 (morigerada, tal y como se mencionó, con la providencia sobre la cual recae la presente aclaración).

Los fundamentos jurídicos y fácticos de tal corolario, son los siguientes:

1. El enriquecimiento sin causa, así como la acción idónea para reclamarlo judicialmente (*actio de in rem verso*), a diferencia de la postura jurisprudencial que viene del año 2006, no ostenta el carácter de fuente subsidiaria de las obligaciones, como quiera que a partir de ella se garantiza el acceso a la administración de justicia (art. 228 de la Constitución Política), para deprecar el amparo jurisdiccional ante un incremento patrimonial de naturaleza injusta.

Adicionalmente, y contrario a lo afirmado en el último criterio jurisprudencial que, como se precisó, fue adoptado en el año 2006, no son pocos los eventos que en el ordenamiento jurídico se ven amparados judicialmente gracias a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, entre los cuales podríamos encontrar, entre otros:

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 1991, exp. 6103, M.P. Daniel Suárez Hernández.

a) Abusos del derecho desencadenados durante el período precontractual, que generan traslados patrimoniales injustificados, en perjuicio de una de las partes que intervienen en las tratativas, los cuales no puedan ser formulados vía contractual (acción contractual) o extracontractual (reparación directa), dadas las especiales características del caso (v.gr. eventos en los cuales la administración motiva al particular a prestar un servicio o ejecutar determinada obra, mediante actos de confusión, sin que exista contrato estatal que regule las obligaciones contraídas por las partes).

b) “Los negocios de enajenación realizados por quienes carecen de derecho y que son válidos a favor del adquirente de buena fe, enriqueciendo, por tanto, indirectamente al enajenante, que recibe la contraprestación, sin que tal enriquecimiento pueda justificarse a la luz de la justicia y la equidad.”³⁶

c) La unión inseparable de cosas propias en propiedad ajena, que lleva, por razones de lógica jurídica y de interés económico general, a una pérdida de derechos que respecto de la persona propietaria de la cosa que se ha unido a la primera no es justa.³⁷

d) Cuando opera la denominada *condictio ob rem dati*, es decir cuando se ha hecho una *datio* (dación) en vista de una prestación equivalente, que no ha sido ejecutada.³⁸

2. El criterio que no se comparte radica, vía jurisprudencial, una obligación en cabeza del particular que desarrolla una obra o presta a favor del Estado un servicio, de ser garante específico y guardián de la legalidad del contrato cuando lo cierto es que dicha imposición no se le ha asignado ni expresa ni tácitamente por el ordenamiento jurídico, cosa diferente es que su conducta se debe

³⁶ DE CASSO Romero, Ignacio y CERVERA, Francisco “Diccionario de Derecho Privado”, Ed. Labor S.A., Tomo I, 1950, Pág. 1793

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ PETIT, Eugene “Derecho Romano” Ed. Porrúa, Pág. 453.

acompañar al mundo de la legalidad como es deber de todos, bajo el supuesto lógico de la permisión y la prohibición.³⁹

Si se analiza este aspecto con detenimiento, se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas -de orden público- consagradas por el ordenamiento jurídico, pero dicho imperativo de conducta no radica en cabeza de los particulares el deber de ser garantes de la legalidad en la observancia de los procedimientos que deben acatar las autoridades y entidades públicas al momento de celebrar contratos de naturaleza estatal. Lo anterior, por cuanto, si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria -que no admiten convención en contrario-, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla a cabalidad todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal.

En síntesis, el particular tiene asignada una obligación genérica de respeto por los principios y reglas de derecho que le son de carácter imperativo (v.gr. orden público, parámetros de buena fe, reparación del ilícito civil, responsabilidad frente al cuasidelito, etc.), es decir, existe un deber general de respeto por el ordenamiento jurídico; no obstante, dicho compromiso no se puede extender a tal nivel que se imponga en cabeza de aquél la obligación de ser garante total de la legalidad del contrato; no resulta, por consiguiente, aceptable que sobre él recaiga una censura (imputar culpa) en cuanto al acatamiento de los procedimientos de selección y requisitos de perfeccionamiento del contrato, lo que es una labor propia de la administración; por ello es que se entiende que el contratista es un colaborador en el desarrollo y ejecución de los deberes y obligaciones del Estado, que se materializan a través del mecanismo de la contratación.

En efecto, la legalidad de observancia de los procedimientos contractuales estatales obedece a la necesidad de que la ley señale unos principios y pautas encaminadas a garantizar la transparencia y selección objetiva en la escogencia

³⁹ Lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.

de los contratistas del Estado, por lo tanto, son las entidades públicas y sus servidores (art. 2º ley 80 de 1993) los que se encuentran obligados a respetar, de manera irrestricta, los medios para el perfeccionamiento de los contratos.

Adicionalmente, resulta oportuno señalar que según la perspectiva de la lógica económica y de mercado, el particular actúa de un modo totalmente disímil a como lo hacen las entidades e instituciones públicas; lo anterior, como quiera que al particular -que se mueve en una economía de mercado global-⁴⁰ le interesa prestar un mayor número de servicios o de actividades propias de su objeto comercial, con el fin de obtener un incremento de su presencia en el mercado y, consecuentemente, ampliar el margen de ganancias.

En esa dirección, la teoría que se cuestiona, pone al particular en una situación de especial sujeción, en cuanto le asigna el deber jurídico -que como se manifestó es inexistente- de verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales y técnicos mediante los cuales la entidad pública debe contratar. Entonces, antes que cualquier cosa, al particular se le exigiría que hiciera un estudio juicioso del régimen y modalidad de contratación de la entidad estatal (contratante - que solicita el servicio o la obra), para saber si el organismo público está acatando o no los procedimientos legales.

Sin lugar a dudas, la exigencia así establecida se torna inadmisibles, como quiera que el sujeto de derecho privado interviene bajo la óptica de negocios, razón por la cual ante la solicitud que eleva una entidad pública para que se preste un

⁴⁰ "La economía de mercado, según la versión de sus corifeos neoconservadores, es la designación del orden espontáneo en el que suceden las acciones deliberadas y propósitos individuales que hacen que la vida en sociedad se desarrolle en forma tal que todos los individuos, en determinado momento, lleguen a cooperar entre sí y satisfacer sus necesidades con economía de recursos... Y como notas distintivas de la economía de mercado, que la diferencian de cualquier otros orden de producción, se señalan:

"a) La existencia de un intercambio de bienes o de servicios en forma libre y voluntaria.

servicio, se desarrolle determinada obra, o se venda un determinado bien, lo cierto es que el particular no tiene la obligación de requerir a la entidad estatal para que cumpla estrictamente sus obligaciones legales y reglamentarias en materia de contratación pública; esta obligación, como ya se señaló no puede hacerse extensiva al sujeto particular de la relación jurídico negocial.

3. Es claro que con el requisito de ausencia de causa, como elemento para la configuración de la institución del enriquecimiento injusto, se hace referencia a la ausencia de derecho del demandado para conservar el acrecentamiento en su patrimonio⁴¹; en esa medida, con el criterio jurisprudencial que ahora se discute (establecido a partir del año 2006), se radica un privilegio fuera de la ley con el que no cuenta la entidad estatal beneficiaria del servicio prestado, de la obra realizada, o del bien entregado, de mantener en detrimento del particular, una serie de ventajas o incrementos patrimoniales que nunca se verían compensadas, al menos, para el sujeto de derecho privado.

4. La figura del enriquecimiento sin causa, no supone el pago de una indemnización de perjuicios a favor del demandante -puesto que no se ha ocasionado un daño antijurídico-, sino, simplemente, con base en criterios de justicia y de equidad (art. 1º Constitución Política y 16 de la ley 446 de 1998) recomponer o compensar las cargas obligacionales, que han ocasionado el traslado de un patrimonio a otro sin que exista soporte que lo justifique.

5. Existe norma sustancial que establece que nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, consagrada expresamente en el artículo 831 del Código de Comercio, disposición esta que resulta aplicable de forma directa -ni siquiera de manera supletoria o subsidiaria- en materia de contratos estatales,

"b) La ausencia de coerción arbitraria, necesaria para permitir el desarrollo expedito de la competencia, con la cual se garantiza la eficiencia del mercado." MOSSET Iturraspe, Jorge "Como contratar en una economía de mercado", Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Pág. 75 y 76.

⁴¹ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean "Tratado de Derecho Civil", Ed. La ley, Buenos Aires, Tomo de Obligaciones 2ª parte, Pág. 264.

según lo establecido en el inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993, regla jurídica que preceptúa:

“Los contratos que celebren las entidades públicas a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”

Y si bien, podría argumentarse que en eventos en los cuales se invoca la teoría del enriquecimiento sin justa causa no existe contrato celebrado de por medio, es importante señalar que dicha remisión normativa que efectúa la ley 80 debe entenderse en forma extensiva no sólo en cuanto tiene que ver con el contrato celebrado, sino también en relación con el proceso precontractual o con los posibles acuerdos de voluntades -negociales- en los que intervenga una entidad estatal.

6. Dicha postura desconoce, igualmente, el postulado de la buena fe⁴² enunciado en el artículo 83 de la Carta Política⁴³, según el cual aquélla se presume en todo tipo de actuación que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, situación que se armoniza con la presunción de inocencia -principio constitutivo del debido proceso, este último aplicable igualmente en materia administrativa-⁴⁴.

⁴² Entendido éste como el conjunto de parámetros de honradez y lealtad con que deben obrar las partes que intervienen en las relaciones jurídicas y sociales, cuyo incumplimiento acarrea determinadas sanciones previamente establecidas por el orden social, político, económico o jurídico.

⁴³ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”

⁴⁴ Art. 29 C.P.: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“(…) Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable...”

La anterior apreciación, en la medida que la posición jurisprudencial adoptada desde el año 2006 parte, *prima facie*, de la calificación malintencionada del particular que intervino en el acuerdo de voluntades que desencadenó el enriquecimiento injusto en cabeza de la administración. Entonces, si bien la administración pública en estos supuestos genera una expectativa (la del pago de una labor contratada) a favor del particular, en términos del principio de confianza legítima⁴⁵, lo lógico y procedente es reconocer, al menos, en cabeza del sujeto particular el valor o costo del beneficio obtenido por la entidad pública que motivó con su conducta la prestación del servicio o el desarrollo de determinada obra.

Bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho, el centro del ejercicio del poder, así como el objetivo de las políticas públicas, es la satisfacción y realización efectiva de los derechos de los asociados y, principalmente, de la persona como eje estructural de la sociedad; en esos supuestos, el Estado en el desarrollo de sus diversas actuaciones debe procurar la materialización de los derechos de los individuos y el respeto por las garantías públicas, de tal suerte que no resulta admisible que la administración pública se beneficie ilegal e injustamente de comportamientos que parten de su propia conducta, en tanto que para que opere la figura del enriquecimiento sin causa, es necesario que la actividad del particular haya sido motivada, previamente, por un acto propio de la administración que genera una expectativa (expectativas racionales objetivas) del particular⁴⁶.

⁴⁵ "Lo que ocurre es que la confianza legítima es una derivación de un valor, la seguridad jurídica, en el que se enfoca la situación específica del particular frente a la actuación de los poderes públicos, y que para su evaluación necesita la concurrencia de la buena fe de este componente insoslayable... De allí que cuando se invoque la existencia de una situación de confianza legítima, deberá demostrar, entre otras cosas, que de su parte se adoptó una actitud digna de un eficiente empresario o comerciante, o de un buen padre de familia. Es decir, se exige no sólo ausencia de mala fe para que pueda configurarse la protección de la confianza, sino una conducta propia de una persona adulta y responsable." JORGE Coviello, Pedro José "La protección de la confianza del administrado", Ed. Abeledo-Perrot, pág. 408 y 409.

⁴⁶ La teoría del respeto por las expectativas razonables aunque se deriva, en principio, de la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, lo cierto es que, con el paso del tiempo, se ha imbricado en el derecho continental, a efectos de brindar una herramienta idónea que permita satisfacer los intereses que de manera objetivamente razonable se haya podido formar el adherente (en los

De conformidad con lo anterior, no resulta viable que se acepte la posibilidad de que la entidad pública, mediante la materialización de un acto propio, dé configuración a un interés radicado en cabeza de un determinado sujeto de derecho, para con posterioridad, ir en contra de su misma actuación, en el sentido de beneficiarse de las labores adelantadas por el particular sin que se acarree ningún tipo de consecuencia negativa para la administración.

Por consiguiente, en mi criterio, el enriquecimiento sin justa causa puede ser invocado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando se den los presupuestos para su configuración y, por consiguiente, la respectiva parte no cuente con una fuente clara para reclamar el cumplimiento de una determinada obligación compensatoria, así como tampoco con una acción autónoma e independiente que permita materializar dicho propósito.⁴⁷

No obstante lo anterior, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación -en aplicación del principio de proporcionalidad-⁴⁸,

contratos por adhesión), o el proponente - oferente, al momento de celebrar un contrato, o negociar las condiciones del mismo (tratos preliminares). Sobre el particular consultar: BALLESTEROS Garrido, José Antonio "Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad", Ed. J.M. Bosch, Biblioteca de Derecho Privado No. 89.

⁴⁷ "Hay que renunciar, pues, a reducir el enriquecimiento sin causa a una teoría más general; ya se la haga descansar en la idea del riesgo, ya en la de equivalencia, ya en la de causa, ya en el deber moral, se debe reconocer a esta construcción jurídica su autonomía en relación a fórmulas más amplias, de las que procede moralmente más bien que jurídicamente: en realidad, es de origen consuetudinario; es un producto de las costumbres y de la jurisprudencia, y esto es lo que explica su carácter de necesidad, así como también las fluctuaciones de que ha sido objeto en doctrina lo mismo que en jurisprudencia." (negritas fuera del texto original) JOSSERAND, Louis "Derecho Civil – Obligaciones y Contratos" Ed. Jurídica Europa – América, Buenos Aires, Pág. 455.

⁴⁸ "Se trata, sin duda, de un problema complejo, en el que se pone de manifiesto como quizá en ningún otro la tensión existente entre progreso y respeto a las situaciones existentes, entre cambio

si aquél merece efectivamente el reconocimiento -compensatorio-, de la labor ejecutada, así en principio, se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual. Lo anterior, por cuanto se reitera, la teoría del enriquecimiento sin causa en sí misma, supone simplemente el rebalanceo de los traslados patrimoniales injustificados, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo.

Entonces, el juez deberá analizar cada situación en concreto para establecer si bajo las correspondientes premisas, hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular trasgrede tan groseramente el ordenamiento jurídico de tal forma que su comportamiento fue el directo desencadenante del traslado patrimonial; situación esta en la cual, dicho detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado.

El planteamiento esbozado se puede comprender mejor a través de algunos ejemplos derivados de la experiencia, entre los que encontramos, los siguientes:

a) Eventos en los cuales la administración despliega una serie de actuaciones (actos propios) dirigidos a mover el interés del particular en el desarrollo de determinada obra o servicio, sin que medie contrato estatal de por medio: En estos supuestos, sin lugar a dudas, habrá lugar a analizar la actividad del particular para determinar la forma como intervino en las tratativas con la entidad pública, para a partir de allí establecer si hay lugar a decretar las compensaciones correspondientes.

y tradición, y en el que no podemos detenernos aquí. Sólo señalar que la constitucionalidad de una delimitación de derechos que restrinja los previamente reconocidos dependerá, en buena medida, de su justificación en otros preceptos y valores constitucionales; se impone, pues, ante todo, una ponderación (Abwägung) de los diferentes valores constitucionales en juego. En el caso de que la ponderación justifique la delimitación de derechos, deberá verificarse, en segundo lugar, siguiendo al BVerfG, que la misma resulta desproporcionada al objetivo perseguido, que respete el contenido esencial del derecho limitado y otros principios como el de igualdad y, señaladamente, el de confianza." PUIGPELAT, Oriol Mir "La responsabilidad patrimonial de la administración", Ed. Civitas, Pág. 118.

b) Situaciones en las cuales, la entidad pública y el particular celebran el contrato estatal (lo perfeccionan), pero el mismo resulta inejecutable dada la ausencia de algún requisito para tal propósito (v.gr. registro presupuestal o el otorgamiento de pólizas): En estas hipótesis el juez deberá determinar en cada caso, la conducta desplegada por la entidad pública, así como la desarrollada por el particular, toda vez que, por ejemplo, este último no tiene porque asumir la carga de la falta de registro presupuestal como evento de inejecución del contrato estatal, ya que dicho procedimiento es de aquellos que corresponden única y exclusivamente a la administración pública.

c) Circunstancias en las cuales, la administración ordena al particular ejecutar una determinada obra o prestar un servicio, sin que medie contrato estatal: En cada caso concreto, habrá lugar a que el operador judicial valore la actitud del particular, la buena o mala fe de su comportamiento en los tratos preliminares, y la labor ejecutada; con el fin de ponderar toda esa serie de factores, y así precisar si hay lugar a la recomposición patrimonial.

d) Eventos en los cuales, el particular ejecuta una obra, *motu proprio*, sin que la administración lo haya convenido o dirigido a ello: En esta hipótesis, es claro que el particular, por sí mismo, sin la intervención previa de la voluntad estatal, ejecuta una obra o presta un servicio sin el consentimiento de la entidad pública; bajo este supuesto, aquél no tendrá derecho a que se le reconozca suma de dinero alguna, o recomposición patrimonial, como quiera que fue su comportamiento individual y directo (unilateral) el que lo colocó en la situación de detrimento patrimonial. En ese contexto, en estos casos, el enriquecimiento de la entidad pública no es injustificado, sino que se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico.

4.2. La acción *in rem verso* (*actio de in rem verso*)

El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la *acción de in rem*

*verso*⁴⁹ -cuyos orígenes se hallan en el derecho romano-, de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos.

La acción tiene una serie de características que, a continuación, se exponen:

a) Es de naturaleza subsidiaria, esto significa que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial deprecado.

Sobre este elemento definitorio, la doctrina autorizada ha precisado:

“La jurisprudencia, adoptando la fórmula de Aubry y Rau ha determinado que la acción sólo puede ser iniciada si el demandante no dispone de ninguna otra acción surgida de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito...”⁵⁰

b) En directa relación con lo anterior, la acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil.

c) Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al

⁴⁹ “Loc. Lat. Acción para la devolución de la cosa.

“La misma tiene por objeto no permitir a una persona enriquecerse sin causa legítima, a costa de otra.” CABANELLAS, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo I, Pág. 122.

⁵⁰ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean Ob. Cit., pág. 267.

monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante.

Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio.

Es por lo anterior que se debe precisar, que la forma idónea y exacta de presentar la acción in rem verso (*actio de in rem verso*) es de manera autónoma e independiente, sin que sea dable confundirla o equipararla a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. -esta última de naturaleza indemnizatoria-⁵¹.

Así las cosas, la acción in rem verso halla su fundamento en el propio articulado del Código Civil, y es posible interponer la misma dentro de los términos de prescripción y caducidad contenidos en dicho estatuto normativo.

d) El término de caducidad de la acción in rem verso, dadas las anteriores consideraciones, será de 10 años según lo preceptuado en el artículo 2536 *ibídem*, según el cual:

“Modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:”

“La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

⁵¹ “El Enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente inexcusable del deber de indemnizar; y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva en que una y otra forma dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable.” DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel Ob. Cit., pág. 31.

“La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

“Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”

En ese orden de ideas, independientemente al hecho de que la acción in rem verso se rija por los postulados normativos del Código Civil, inclusive en materia de términos de caducidad, esto no impide que el juez de lo contencioso administrativo pueda conocer de la misma, para definir, en cada caso concreto, si las pretensiones de desequilibrio patrimonial injustificado, en las cuales interviene una entidad estatal -en los términos establecidos en el artículo 82 del C.C.A.- tienen o no vocación de prosperar, con la salvedad específica que el trámite correspondiente para ventilar ese tipo de pretensiones, será el contencioso ordinario establecido en los artículo 206 y s.s. del C.C.A.⁵²

5. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el análisis de la teoría del enriquecimiento sin causa, aspecto sobre el cual recae esta aclaración de voto en relación con la providencia de la referencia.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

⁵² Art. 206.- “Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial.” (negrillas adicionales).

